Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

X.

Ueber die Vertheilung der Concursmasse im Falle der Ungleichheit der Priorität in Ansehung verschiedener Stücke derselben.

Von

Herrn Dr. Th. Brackenhoeft,
Professor in Heidelberg.

§. 1.

Zur Einleitung diene folgende Berechnung, die einem Falle entnommen wird, dessen Entscheidung sich findet in Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte VIII. S. 151 ff.[1]).

Eine Concursmasse besteht in ihren Activen aus X = 9501 Thlr. und Y = 3735 Thlr. Auf X und Y zugleich haften 8000 Thlr., nach diesen auf Y allein 1000 Thlr., und dann auf X und Y zugleich wieder 6000 Thlr. Entnimmt man von X + Y, in runder Summe = 13,250 Thlr., die ersten 8000 Thlr., so bleiben 5250 Thlr., und wenn nun X $^{38}/_{53}$ und Y $^{15}/_{53}$ zu jener Gesammtmasse gegeben hat, so ist X = 3764 + $^{8}/_{53}$ Thlr. und Y = 1485 + $^{15}/_{53}$ Thlr., und es fällt der Betrag von Y mit 1000 auf jene 1000, und mit dem Reste von 487 + $^{45}/_{53}$ Thlr. auf jene 6000. Läßt man dahingegen X und Y getrennt und

---

1) Ein anderer Fall, im Archiv für civil. Praxis XXXVIII. S. 99, ist hier nicht benutzt, weil das Verhältniß der Größe der Specialmassen nicht ersichtlich ist. Ohne diese zu kennen, bleibt auch die Richtigkeit der Vertheilung verborgen. Eben so wenig ist hier ein Princip der Vertheilung aufgestellt. Der Fehler, in den man bei der Behandlung des fraglichen Gegenstandes zu verfallen pflegt, ist einfach der: daß man einem Gläubiger ein Plus zurechnet, wo ihm nur ein Minus zugerechnet werden solle, wovon die Folge die ist, daß einem andern Gläubiger da, wo ihm ein Plus zugerechnet werden solle, nur ein Minus zu Theil wird. Wo ein solcher Fehler begangen wird, da fehlt die Erkenntniß, daß eine Minusquantität nur eine Darstellungsquantität und keine Stoffquantität ist, und es wird dann erforderlich, in einem Rechnungsexempel erst die Anschauung dieser Verschiedenheit und ihrer Tragweite zu erwecken, ehe man das Wie darzulegen unternimmt. Die juristische Praxis wird aber das Eingehen auf dieses Wie nicht vermeiden können, wenn sie die Lösung der in Frage stehenden Aufgabe nicht ganz von sich abweisen will.

ſie mit gleichen Summen zu jenen 8000 beitragen, ſo iſt nach deren Tilgung von Y nichts mehr übrig; ja es hat nicht einmal zu jenen 8000 mit gleicher Summe, wie X, contribuiren können. Der Grund der Verſchiedenheit iſt der, daß bei erſterem Verfahren nicht allein die Nehmkraft der Gläubiger, welche jene 8000 zu fordern haben, die in Anſehung von X und Y ganz gleich iſt, ſondern auch die Gebkraft von X und Y berückſichtigt, bei letzterem Verfahren aber dieſe Gebkraft unberückſichtigt geblieben iſt. Die Berückſichtigung dieſer Gebkraft wird erreicht, indem man, wenn eine Forderung nur aus Einem Maſſetheile zu tilgen iſt, ſowie wenn mehrere Forderungen aus verſchiedenen Maſſetheilen gleichzeitig oder in gleicher Priorität zu tilgen ſind, die Geſammtmaſſe in dieſe Theile auseinanderſcheidet. Ein Mangel dieſer Berückſichtigung iſt aber unvermeidlich, wenn eine und dieſelbe Forderung aus mehreren Maſſetheilen zu tilgen iſt, und man die Tilgung ohne Rückſicht auf die Verſchiedenheit der Größen derſelben theilweiſe aus dem einen und dem andern Maſſetheile bewerkſtelligt; ſofern nicht etwa jeder der verſchiedenen Maſſetheile von gleicher Summe iſt. Daß man dennoch dieſes letztere Verfahren vertheidigt[1]), zeigt, daß man ſich in Unkunde von der Urſache der Verſchiedenheit zwiſchen ihm und dem erſtern befindet. Es muß daher auf dieſe Urſache eingegangen werden, und zwar in derjenigen Weiſe, welche nach der Beſchaffenheit der Grundlagen dieſes letztern Verfahrens als Bedürfniß erſcheint.

§. 2.

Die Theilnahme an einer Theilung wird ausgeübt durch Nehmen. Sie erfordert die Kraft zum Nehmen und einen Stoff zum Nehmen. Iſt die Kraft zum Nehmen nicht bei allen Theilnehmern gleich, ſo entſtehen Grade derſelben: das Prioritätsverhältniß. Hat dieſelbe Kraft zum Nehmen, in Anſehung verſchiedener Stofftheile verſchiedene Grade, ſo entſtehen Specialgrade: Separatverhältniſſe im unſeparirten Geſammtſtoffe. Der Grad der Nehmkraft iſt, gleich dieſer Kraft ſelber, eine

[1]) So de Fontenay: Arch. f. civ. Prax. XXXVII. S. 163 ff. 167 ff. Sind jene Summen ungleich, ſo wird von der einen ein Plus ſtatt eines Minus dem Gläubiger zugerechnet.

Qualität. Das Separatverhältniß liegt im Gebiete der Quantitäten. Die Qualitäten werden ermittelt durch Begreifen, die Quantitäten durch Messen. Begreifen ist Zusammenfassen. Messen ist Auseinanderlegen. Zusammenfassen ist anhäufendes Aussondern aus der unbegriffenen Einheit durch Bestimmen des Verhältnisses des Gegenstandes des Aussonderns zu dieser Einheit. Auseinanderlegen ist das Begränzen von Einheit gegen Einheit, welches zur Bestimmung von Einheiten einer durch dasselbe hervorgerufenen Vielheit dient. Aussondern ist Absondern von der Einheit (Abstrahiren). Auseinanderlegen ist Nebeneinanderstellen von Einheiten (Constatiren). — Im Gebiete der Begriffe, dem jenes Absonderns von der Einheit mittelst Feststellung von Verschiedenheit, trennt die in der Zeiträumlichkeit sich bewegende begreifende Thätigkeit in den Begriffen sich von der verdichteten oder körperlichen Einheit der Ortsräumlichkeit, dem Sitze der gebenden Güterkraft. Sie bleibt daher in der Wiederholung in gleicher Ortsräumlichkeit immer nur Wiederholung von sich selber, ohne eine Einheit zu erfassen, die einer weitern Einheit zum zählenden Ausgangspunkte dienen könnte, nämlich eine Einzahl oder Pluseinheit wäre. Sie gewinnt zählkräftige Einheiten nur insofern, als sie den gestalteten Begriff in verschiedener Ortsräumlichkeit wiederholt findet. So lange nicht in Folge dieses Wiederholungsseins das Zusammenfassen in ein Auseinanderlegen sich wandelt, ist im Gebiete der Begriffe Einheit nur Einfaltigkeit und Mehrheit eine Mehrfaltigkeit. Reihet man demnach in Summenbezeichnungen vorgestellte Nehmkräfte oder Mehrfaltigkeiten ohne Rücksicht auf das Maaß des ihnen dienstbaren Stoffes, die Mehrzahl, aneinander, so berechnet man ein Minus als Plus. Um im Gebiete der Vertheilung eines Stoffes an Nehmkräfte, eine solche Verwechselung zu meiden, bedarf es der Erkenntniß der Verschiedenheit der Trageweite der arithmetischen Operationen, je nach der Verschiedenheit jener Gebiete. Die Begriffe dieser Operationen sind gestaltet nach der Trageweite derselben im Gebiete der Mehrzahl. Im Gebiete der Mehrfaltigkeit aber wird Anwendung der Division eine Multiplication, weil bei dem Mangel an Einheiten im Divisor und im Dividenden, statt Quotienten Zähler oder Nenner erscheinen.

Es werden also die mittelst des Auseinanderlegens des Unzählkräftigen entstandenen Bruchstücke wieder zusammengefaßte Ganze. Da aber diese Multiplication ohne Multiplicator ist, so bleibt sie auch ohne Multiplicationsproduct [1]). Das Ergebniß dieser Division ist eine multiplicirende Bewegung, deren eignes Selberfichwiederholen eine multiplicative Mehrheit zur Erscheinung bringt, ohne daß ein Multiplicirtes sich findet [2]). Im Gebiete der Mehrzahl dahingegen, wo die Quotienten als Bruchstücke des Dividenden stehen, ist die Mehrheit eine divisionelle [3]). Es ist ein Unterschied zwischen den Begriffen und den Begreifungen im Gebiete der Quantitäten, die man aus ihnen ableitet. Die Verwirklichung der Begriffe oder Qualitäten ist unabhängig vom Stoffe. Sie ist gegeben in jedem Falle des Begreifens. Die Verwirklichung der Begreifungen ist abhängig von einem contribuirenden Stoffe, von dem sie Güterkräftigkeit und Zutheilungsgeeignetheit empfangen.

§. 3.

Wenn man nun das Princip des Prioritatsverhältnisses der Nehmkräfte, im Gebiete des Separatverhältnisses der Gebkräfte walten läßt, so behandelt man die Begriffe als Begreifungen. Indem das davon ausgehende Vertheilen in die Gebkraft eingreift, fällt ihr Stoff in größerem oder geringeren Maße dahin, wo sie von keiner Nehmkraft erfaßt ist. — Es ist ferner von jener Einheit, deren Größe die Quantität ist, zu unterscheiden die Einheit-

---

[1]) Minus mit Minus dividirt oder multiplicirt, bringt allerdings ein Plus zur Erscheinung. Allein es ist eben nichts als eine Erscheinung, weil ein Divisor oder Multiplicator vorgestellt ist, der gar nichts ist, weil er minder als das mindeste, nämlich als 1, und daher ohne Realität ist.

[2]) Haben mehrere dieselbe Servitut, so sind so viele *Servituten*, als Servitutenberechtigte gezählt werden; jeder hat die Servitut ganz, aber keiner allein. Da keine Theile entstehen und dennoch dividirt ist, so muß die Division gewandelt sein.

[3]) Haben mehrere denselben Gegenstand zum Eigenthum, so sind so viele Eigenthums*stücke*, als Eigenthümer gezählt werden; keiner hat das Eigenthum dieser Stücke, nämlich der Stoffstücke, ganz, aber jeder hat das seinige allein. So gestaltet sich die Mehrheit von Rechtsverhältnissen bald als Mehrzahl, bald aber: ob. not. 2, als Mehrfaltigkeit: m. Identität u. mat. Connexität d. Rechtsverh. S. 1.

heitlichkeit oder Solidarität, die der Quantität als Mittel der Ausübung der Befugnisse der Gläubiger beiwohnt. Es ist in dieser Solidarität die Größe der Zahl der Einheit gleichgültig, aber nicht die Verschiedenheit einer Mehrheit von Solidaritäten, in deren jeder eine andere Quantität in Folge des Separatverhältnisses als Begriffsganzes behandelt wird. Die Zahl der Einheit ist das ruhende Maaß der vollendeten Distribution; diese Einheitlichkeit dahingegen die Gestaltung der Bewegung der Contribution. In jedem Distributionstheile muß diese Einheitlichkeit eine besondere werden, wenn nicht fremde Distributionstheile zur Contribution gezogen werden sollen, weil die Contributionsbewegung eine anhäufende und daher in einem jeden Sondertheile die eines besonderen Ganzen ist. Mischen sich Distribution und Contribution, so muß so viel mal contribuirt werden, als es Distributionstheile gibt. Es können daher Distributionstheile, für welche es keine Contributionsbewegung gibt, nur als Differenzen, deren Minuendus 0 ist [1]), ein Dasein haben. Jede Vertheilung, die nicht dadurch, daß sie jedem Antheile sein volles + gibt, eine ratenweise wird, ist eine solidarische Distribution, die zu irgend einem Theile ein ÷ in sich trägt. — Solidarische Contribution dahingegen ist diejenige Zutheilung, die in jedem Theile ein + in sich trägt. Wo die Möglichkeit dieser Contribution vorhanden ist, da ist kein Concurs. Und wenn im Concurse das Maaß der Ausübung jener Befugnisse der Gläubiger ein Auseinanderlegen herbeiführt, um die Zahl der Einheit (die Größe) zu bestimmen, welche von jener Ausübung ergriffen wird, so kann es, in Angemessenheit zu jener Einheitlichkeit, nie durch Auseinanderlegen der Zahl der gesammten Einheit, sondern nur durch Auseinanderlegen jeder Einheit dieser Zahl mittelst Begreifens ihres, durch die Unzulänglichkeit der Masse für jene solidarische Contribution herbeigeführten Bruchstückverhältnisses verwirklicht werden. Sind 100 unter 10 solidarisch zu vertheilen, so sind nicht 10×10, sondern $10 \times \frac{100}{10}$ zu vertheilen, wenn der Stoff für die Zahl von 100, oder für die

[1]) Für welche die negativen Zahlen: ob. §. 2. not. 1, als Symbole dienen.

solidarische Contribution, nicht reicht. Kann ein Vorhergehender seinen ganzen Antheil vor dem Nachfolgenden vorweg nehmen, so muß dieser verhältnißmäßig größere $\frac{1}{10}$, aber er kann nie $+ 10$ erhalten, wenn er aus allen Theilen gleichmäßig empfangen soll. Das arithmetische Verhältniß ist hier dieses. Da das Vorwegnehmen nicht zu mehreren Theilungen führen, sondern nur den Antheil des Früheren aus unzureichendem Stoffe zureichender ausfüllen soll, als den Antheil der Späteren, so muß die Zeitverschiedenheit zwischen dem früheren und späteren Nehmen zu einer Verschiedenheit des Umfanges der Nehmkraft, nach dem Maaße des vorhandenen Stoffes, werden. Die Verfrühung des Gebrauches der Nehmkraft des Einen, soll also für gleichen Antheil an 100 einen größeren Umfang der Nehmkraft in der Nehmkraft an 100 aus dem Stoffe < 100 vermitteln. Daraus folgt, daß die gleichnamigen Summen der Antheile an $100 = 100$, nicht gleichartig sind den gleichnamigen Antheilen am Stoffe < 100. Vielmehr ist, wenn der Stoff $< 100 = 50$ ist, $50 = 100$. Wer vollen Werth seines Anspruchantheils bekommt, nimmt doppelt von $100 = 50$, weil in $100 = 50$ das Einfache nur ein Halbes ist. Wer nichts bekommt, der nimmt von $100 = 50$ gar nichts, sondern er nimmt nur von $100 = 100$, und weil diese nur im Minus vorhanden sind, das Minus seines Anspruchantheils. Er geht also in der Distributionsberechnung nicht leer aus, sondern er bekommt ein Deficit zugetheilt, für dessen Betrag er unbefriedigt bleibt. Wer seinen Antheil von 10 aus $100 = 100$ zum vollen Werthe bekommt, der empfängt $+ 20$ von $100 = 50$. Der, welcher von seinem Antheile von 10 aus 100 nichts bekommt, erhält so viel als: $\div 10$ aus $100 = 100$. Wer aber den halben Werth seines Antheils von 10 aus 100 bekommt, erhält so viel als: einmal $+ 10$ aus $100 = 50$, und noch einmal $\div 5$ aus $100 = 100$. Werden also die gleichnamigen Summen als gleichartige betrachtet, wird nämlich $\div 100$ angesehen als $-|- 100$, so daß kein $100 = 50$ daneben steht; und hindert diese Gleichstellung die Absonderung eines Stoffrestes, der Nachfolgenden gebührt, so wandeln jene $\div 5$ sich in $+ 5$, und er empfängt $+ 10$, während ihm nur $-|- 5$ gebühren. — Das ist die Folge der Ver-

miſchung von Diſtribution und Contribution, welche entſteht, wenn man in der Mehrzahl der Separatverhältniſſe das Solidaritätsprinzip in der Weiſe walten läßt, als ob keine Separatverhältniſſe beſtänden. Sie entſteht, wenn man außer Acht läßt, daß bei der Berechnung des Vertheilungsverhältniſſes die ganze Paſſivmaſſe der Diſtributionsgegenſtand iſt, ſie alſo auf die geringere Activmaſſe vertheilt, dahingegen der Stoff der letzteren den Gläubigern zugetheilt wird, ſofern ſie bei jener Berechnung kein Deficit zu ihrem Antheil bekommen. Sind die Stoffbeſtandtheile X $= 33\frac{1}{3} + Y = 16\frac{2}{3}$, hat A einen Antheil von 10 auf beide zugleich, haben die ihm Nachfolgenden nur Antheile auf X oder Y, nämlich nur auf eines von beiden, ſo muß er von X $26\frac{2}{3}$, von Y $13\frac{1}{3}$ übrig laſſen, wenn berückſichtigt wird, daß, obgleich X ſowohl als Y jedes der Stoff für 100, den ganzen Maſſebeſtand, iſt, weil jeder aus jedem oder einem ſich zu befriedigen hat, und ſie ſomit an ſich gleichnamig ſind, doch die 100 in X nur $= 33\frac{1}{3}$ und in Y nur $= 16\frac{2}{3}$ ſind. Bleibt dies unberückſichtigt, und nimmt demnach A aus 100 in X nicht mehr an Werth, als aus 100 in Y [1]), ſo hinterläßt er von X $28\frac{1}{3}$ und von Y nur $11\frac{2}{3}$, verkürzt alſo die Theilhaber, die + nur aus Y zu nehmen haben, um 2 zu Gunſten der Theilhaber, die + aus X zu nehmen haben. Die Vertheilung muß alſo den Theilhabern erſterer Claſſe gegenüber bankerott werden. Um das zu vermeiden, muß ſo getheilt werden, als ob ein gleichzeitiges Nehmen in verſchiedenem Umfange ſtattfände, alſo ſo, als ob 10 Nehmer gleichzeitig aus 100 jeder 10 Einheiten, jede aber beziehungsweiſe von + 1 oder minder, nämlich einem Bruche von + 1, oder von $\frac{\cdot\cdot}{\cdot\cdot}$, zugetheilt oder angerechnet erhielten. Daraus ergibt ſich nun für die Weiſe einer ſucceſiven Vertheilung einer Concursmaſſe Folgendes.

§. 4.

Das Feſtſtellen der Nehmkraft und ihres Grades, oder der Befugniß zur Ausübung der Berechtigung und ihrer Priorität,

[1]) So nach der Entſcheidung des Holſteiniſchen Oberappellationsgerichts bei Seuffert a. a. O., die es zeigt, daß es Bedürfniß iſt, das arithmetiſche Verhältniß, wie es hier geſchieht, nach der juridiſchen Lage der Vertheilung abgemeſſen, darzuſtellen.

wird vermittelt durch Begreifen, und ist juridischer Natur. Es bewegt sich aber in einem dem Dasein der Berechtigung und dessen Feststellen an sich ganz fremden Gebiete. Das Feststellen des Daseins der Berechtigung selber, ist von einer Concurrenz des Interesse ihres Trägers, mit dem anderer Träger von Berechtigungen, in Ansehung der Ausübung unabhängig. Dahingegen tritt jenes Feststellen der Nehmkraft und ihres Grades nur ein, zum Zwecke des Regelns der Auflösung einer Stoffgenossenschaft, die, durch eine Unzulänglichkeit der Gebkraft des der Nehmkraft unterworfenen Stoffes vermittelt, eine Genossenschaft der Interessen der Träger der Nehmkraft in Ansehung des Gebrauches derselben erzeugt[1]). Sie hat also auch die Ausübung der Nehmkraft jedes Genossen in Uebereinstimmung mit dem Interesse jedes andern Genossen in Ansehung der Conservirung der Gebkraft des Stoffes für den seinseitigen Gebrauch der ihm zustehenden Nehmkraft zu gestalten. Im Falle der Gradesverschiedenheit der Nehmkraft in Ansehung verschiedener Stofftheile ist dieses Gestalten dadurch zu vermitteln, daß der Gebrauch der Nehmkraft nach der Quotenverschiedenheit der Gebkraft dieser Stofftheile ermäßigt wird, so weit die Wahrung der Priorität des Zuvornehmenden es gestattet. Denn die Vertheilung einer Stoffgesammtheit, die ohne Unterscheidung ihrer Bestandtheile vorgenommen wird, ergreift in jedem Theile die in ihr enthaltenen Bestandtheile nach Maaßgabe ihres Quotenverhältnisses, weil sie alle Theile gleichmäßig ergreift, und das Verhältniß der Quoten eben das der Gleichmäßigkeit zur Gesammtheit ist. Es muß also die Vertheilung einer Stoffgesammtheit, wo sie Bestandtheile derselben unterscheidet, in Ansehung derselben die Ausübung der Nehmkraft nach der Quotenverschiedenheit der Bestandtheile ermäßigen. Indem das Quotenverhältniß die Differenz zwischen Summe des Antheils und des Stoffes ausgleicht, beseitigt diese Ermäßigung das Bedürfniß, jede Einheit des Stoffes in eine Quote der Zahl der Einheiten der Gesammt-

[1]) Im Concurse fällt die Wahlberechtigung des Pfandgläubigers hinweg: Vgl. v. Bangerow: Lehrb. d. Pand. I. §. 389; Weiske's Rechtslex. V. S. 392. not. 152.

heit der Ansprüche, welche bei der Vertheilung geltend gemacht sind, zu zerlegen und denjenigen Summen derselben, welche die Quantität des Stoffes nicht deckt, ein ÷ zuzuweisen. Sie beseitigt ebenfalls das Bedürfniß, bei der Unterscheidung von Stoffbestandtheilen, die aus jedem Bestandtheile nehmenden Anspruchssummen, bei jedem besonders nach dem Maaße des Anspruches nehmen zu lassen. Statt jedem zu sagen, wie viel er aus dem einem oder dem andern Bestandtheile bekommt, genügt es zu wissen, wie viel, nachdem er bekommen, von dem einen oder andern dieser Bestandtheile noch übrig ist. Es kann in Folge davon an die Stelle gleichzeitiger Vertheilung verschiedenartiger Einheiten eine successive Vertheilung gleichartiger Einheiten treten, ohne das Ergebniß der Theilung zu verändern. Nachdem jene Ermäßigung der Zutheilung von Stoffeinheiten an diejenigen, die nur Deficit anzusprechen haben, vorgebeugt hat, wird es gleich, ob man ihnen neben anderen ihre Minus-Summe zurechnet, oder ob man sie durch Vorstellen dieser anderen als solche, die nichts empfangen, übergeht. Die Vertheilung der Masse X = $33^1/_3$ + Y = $16^2/_3$ = 50, unter 100 in Einheiten aus 100 = $33^1/_3$ + $16^2/_3$, gibt dasselbe Resultat, wie die Vertheilung derselben Masse unter 50 nach Stoffquoten von X = $^2/_3$ + Y = $^1/_3$. Der Unterschied zwischen beiden Vertheilungen ist nur der, daß bei der erstern die Bilanz von Passivmasse = 100 und Activmasse = 50 dadurch hergestellt wird, daß man letztere zu 100 : 50 berechnet und neben + 50 noch ÷ 50 vertheilt. Der erste, der aus dem Gesammtwerthe der Stoffmasse nimmt, läßt in beiden Fällen von X $26^2/_3$ und von Y $13^1/_3$ übrig. Denn 20 aus 100 = $33^1/_3$ + $16^2/_3$ = 50, die er im ersten Falle empfängt, sind = 10 aus 50 = $33^1/_3$ + $16^2/_3$ = 50[1]). Jene 20 und diese 10 stehen in gleichem Verhältnisse zu den Summen der Ansprüche und des Stoffes, wie der einzelnen Stofftheile; obgleich bei dem Nehmen von 10 die Gesammtsumme der Ansprüche nicht in Betracht kommt, weil die Verfrühung des Nehmens der durch den Stoff der Masse gedeckten Ansprüche, die in Folge der Unzulänglichkeit des Stoffes

[1]) Oben §. 3.

solche Deckung entbehrenden Ansprüche von der Vertheilung ausschließt. — Hätte aber jener Nehmer von 10, diese an jenem bevorzugten Orte nur aus X ansprechen können, so würde man im erstern Falle der Gleichzeitigkeit, ihm $+ 12^2/_3 + \div 7^1/_3 = 20$ aus $100 = 6^1/_3$, statt 10 zuzutheilen gehabt haben, während man in diesem letztern Falle der Ungleichheit oder der successiven Theilung, die 10 geben mußte, weil ihm keine Concurrenten zur Seite standen; es sei denn, man hätte die Massen separirt und dadurch die entsprechende Ermäßigung des Gebrauchs der Nehmkraft des Bevorzugten vermittelt.

§. 5.

Daß die Vertheilung einer Gesammtheit, die ohne Unterscheidung der Bestandtheile derselben ausgeführt wird, diese nach Verschiedenheit der Quoten gleichmäßig ergreift, liegt von selber in dem Mangel der Unterscheidung einer Verschiedenheit. Daraus folgt, daß, wo das Dasein einer Verschiedenheit Unterscheidung erheischt, weil der Werth einzelner Theile stärker angegriffen werden soll, als der der anderen, die Vertheilung alle Bestandtheile gleichmäßig im Verhältnisse zur weiteren Vertheilung nur dann ergreift, wenn sie die Summen der Werthe der Theile in so verschiedenem Maaße mindert, als die Stärke jenes Angreifens verschieden ist. Wo Unterscheidung der Bestandtheile nicht erforderlich ist, da müssen demnach die Quoten der Bestandtheile vor und nach der Vertheilung, sofern diese einen Rest des Stoffes läßt, gleich sein. In der Masse $X = {}^{38}/_{53} + Y = {}^{15}/_{53}$ von 13,250 Thlr. (§. 1) müssen nach Abzug von 8000 in dem Reste wiederum $X = {}^{38}/_{53}$ und $Y = {}^{15}/_{53}$ der Summe desselben von 5250 Thlr. sein. Bruttoquoten und Nettoquoten müssen gleich, und die Unterscheidung beider muß überflüssig sein. Haben aber X und Y nicht nach ihrer Quotenverschiedenheit gleichmäßig angegriffen werden dürfen, z. B. weil ein Gläubiger befriedigt wurde, dem nur Y als Pfand verhaftet war, so müssen die Quoten vor der Vertheilung andere sein, als nach derselben. Verliert nach jenem Abzuge von 8000 Y allein 1000, so bleiben $X = {}^{798}/_{901}$ und $Y = {}^{103}/_{901}$. Es hat in dem Gesammtrest von 4250 sich das Verhältniß der

Bestandtheile so verändert, daß der Zähler von X, welches von dem Abzuge jener 1000 verschont geblieben, um so viel erhöht worden ist, als der Nenner durch diesen auf Y allein gefallenen Abzug schwächer geworden. Diese Schwächung ist die Folge der Ausgleichung der Ungleichheit der Minderung der Quoten der verschiedenen Massetheile, welche vorzunehmen ist, um ihnen die Geeignetheit zur Bildung eines Ganzen wiederum zu geben, die ihre Eigenschaft als Quoten bedingt [1]). Und da in jedem Ganzen Nenner und Zähler der Quoten gleicher Größe sein müssen, so wird die übrig gebliebene Gesammtzahl der Zähler auch die der Nenner.

§. 6.

Beschränkt man nicht die Absonderung der Specialmassen auf den Fall, wo sie in ungleichem Verhältnisse angegriffen werden, sondern vertheilt man durchweg aus Specialmassen, mag man nun eine derselben als Generalmasse und die übrigen als Specialmassen ansehen oder nicht, schlägt man also statt des Distributionsweges den Contributionsweg ein, so müssen demnach die Quoten, nach denen die verschiedenen Massen zu jeder Befriedigung eines Anspruches contribuiren, jedesmal, wenn eine ungleichmäßige Contribution stattgefunden hat, verändert werden. Es darf aber dann, wenn gleichmäßige Contribution stattfindet, dieselbe nicht nach den Quoten der Summen berechnet werden, welche von jeder Specialmasse zur Befriedigung eines Anspruches verwendet werden dürften, wenn die Interessengenossenschaft in Ansehung des Gesammtstoffes nicht bestände. Sind in dem obigen Beispiele (§. 1. 5.) die ersten 8000 der Betrag von Pfandforderungen auf X und Y zugleich, so dürfen sie im Concurse nicht, wie außer demselben, X oder Y in beliebigem Grade absorbiren (§. 4. not. 1). Quoten der gedachten Art sind aber beliebig vom Nehmenden eingehaltene Grade

---

[1]) Von zwei ungleichen Größen enthält die größere $\frac{1}{2}$ der Gesammtheit beider $+ \frac{1}{2}$ ihrer Differenz, und die kleinere $\frac{1}{2}$ der Gesammtheit beider $\div \frac{1}{2}$ ihrer Differenz. Es kann daher nur von ihrer Gesammtheit aus, die Differenz zum reinen Plus gestaltet werden.

der Befriedigungsnahme, und Quoten von Sondermassen, die keine Gesammtmasse bilden und daher nicht Massequoten, sondern nur Anspruchsquoten. Die durch sie geregelte Vertheilung würde nicht die Masse nach Verhältniß der Quantität ihrer Bestandtheile an die Ansprüche, sondern die Ansprüche, die einen und denselben Bestandtheil ergreifen, nach Verhältniß ihrer Quantität, an die Massebestandtheile vertheilen. Die Folge davon würde die sein, daß dem kleineren Massebestandtheile der Anspruch vervielfältigt zugetheilt würde. Hat A ein Pfandrecht von 4000 auf X = 5000 und Y = 4000, und empfängt er aus jedem Güterstücke 2000, so wird an Y zugetheilt ein Anspruch von $1777^{7}/_{9}$, der seinem Contributionsverhältnisse zur Gesammtmasse entspricht, und außerdem noch ein zweiter von $222^{2}/_{9}$, um den die nachfolgenden Gläubiger von Y in ihrem Interesse an der Gleichheitlichkeit der Vertheilung der Gesammtmasse verkürzt werden. Jene $1777^{7}/_{9}$ sind $^{4}/_{9}$ seiner Forderung. Wendet man nun ein: daß es ja richtig sei, wenn er diese Quote seiner Forderung aus Y nehme, so kommt man eben auf den rechten Punkt, um den es sich handelt, nämlich auf die Frage: wie er zu dieser Quote von gerade $^{4}/_{9}$ kommt? Wenn ihn nicht der Zufall auf sie führt, so kann er sie auf keinem andern Wege finden, als dadurch, daß diese Quote diejenige ist, welche Y zur Gesammtmasse contribuirt. Und dann ist diese Quote eine Massenquote, und nur ein falscher Gesichtspunkt führt dahin, sie als eine Quote der Forderung zu betrachten. Jenes Interesse der nachfolgenden Gläubiger aber, welches durch ein anderes Vertheilungsmaaß beeinträchtigt würde, ist rechtlich begründet dadurch, daß die Vertheilung in Ansehung der Gesammtmasse ein im gemeinsamen Interesse aller Gläubiger stattfindendes Verfahren ist. Es begründet einen Anspruch jedes Gläubigers darauf, daß ihm zuzusondernde Sonder-Bestandtheile der Gesammtmasse in dem Grade, wie die Richtigkeit der Contribution der Bestandtheile der letztern es erheischt, durch die Contribution der andern Sonderbestandtheile zu der Befriedigung vorgehender Gläubiger gebkräftig erhalten werden. Diese Richtigkeit erheischt aber eine Contribution zu den mehrere Sonderbestandtheile gleichmäßig ergreifenden Ansprüchen, welche deren Quotenverhältniß zu der bleibenden

Gesammtmasse eben so beläßt, wie es vor der Contribution zu der damaligen Gesammtmasse bestanden. Daß sie der Verletzung preisgegeben ist, wenn man die Massequoten nicht festhält, tritt noch entschiedener hervor, wenn man auf das obige Beispiel (§. 1. 5) einen Blick wirft, und den A aus jedem Massetheile $^1/_2$ von 8000 (§. 1. not. 2) nehmen läßt. Denn hier zeigt sich die Masse X dafür unzureichend, während dem A doch volle 8000 aus X + Y zu geben sind. Es wird aber auch für diejenigen, die nur an die Redefigur sich zu hängen vermögen, der Gesichtspunkt verschoben, wenn man eine Richtigkeit des Nehmens der Vorgehenden, statt einer Richtigkeit des Abgebens an die Nachfolgenden verlangt. Es wird daher erforderlich, für den Grund des Anspruches der Nachfolgenden auf diese Richtigkeit die rechte Fassung festzuhalten.

§. 7.

Es ist als das Mittel für diese Richtigkeit der Satz aufgestellt worden: daß die Hülfeleistung (oder Contribution) derjenigen Bestandtheile der Masse, deren Summen größer seien, als die Summe des auf sie haftenden Anspruches, welcher durch eine Contribution dieser Bestandtheile zu tilgen sei, zu beschränken sei auf die dieser letzteren Summe, der des Anspruches, entsprechende Summe, welche als Tilgungssumme bezeichnet wird[1]). Der dafür angegebene Grund ist der: daß ohne diese Beschränkung, die Befriedigung des vorgehenden Anspruches den nachfolgenden Ansprüchen den Stoff zur Befriedigung nicht gleichmäßig entziehen würde[2]). Diese Weise der Begründung wird nun dadurch veranlaßt, daß die Tilgungssumme, welche in die regelnde Verrichtung der Massequote eingesetzt ist, in eine Anspruchssumme hineinfällt, und in eine solche, zu deren Tilgung genügender Stoff vorhanden ist. Sie trifft daher diejenige Seite der Theilungsoperation nicht, welche der Herrschaft jener Richtig-

1) Guyet: Archiv f. civilistische Praxis XVIII. S. 383.

2) Ebendas. S. 383. Ueber das Verhältniß dieser Theorie, zur s. g. Societätstheorie, die nach Massequoten theilt, und andere Theorien: Weiskes, Rechtslex. V. S. 419. ff.

keit zugänglich ist. Denn jene Entziehung überschreitet auch ohne jene Beschränkung die bevorzugte Summe nicht, und der vorgehende Gläubiger ist, sofern er durch Entziehung Befriedigung zu empfangen hat, bis zu dieser ganzen Summe zur Entziehung gegen die nachfolgenden befugt. Der Grund müßte vielmehr so gefaßt werden: daß dasjenige, was vermöge der Abundanz des dem vorstehenden Gläubiger unterworfnen Tilgungsstoffes zu dessen Befriedigung *nicht absorbirt* werde, den nachstehenden nicht gleichmäßig *hinterlassen* werde. Denn ein in Ansehung jedes Massebestandtheils gleichmäßiges Hinterlassen des Abundirenden, sind die nachfolgenden in Folge ihres Genossenschaftsverhältnisses zu den vorgehenden, diesen gegenüber zu fordern befugt. Dieses Hinterlassen aber, wird von einem Principe der Gleichmäßigkeit nur dann beherrscht, wenn das Hinterlassene eine Quote der *Gesammtheit* ist, welche es mit dem Absorbirten vereint gebildet hat. Es führt also jene Contribution nach Tilgungssummen, im Widerstreite mit ihrem Zwecke zur Ungleichmäßigkeit.

Die Solidarität des Anspruches des vorstehenden Gläubigers, welche ihn den nachstehenden gegenüber zur Entziehung jedes Bestandtheils des Stoffes für jeden Bestandtheils seines Anspruchs befugt; darf aber allerdings in Beziehung auf den Werth des Befriedigungsstoffes nicht über das Maaß des Anspruches ausgedehnt werden. Das *Pfandgut* haftet für die ganze Summe der Forderung. Es haftet dafür mit seinem ganzen Bestande. Den *Werth* desselben ist aber immer nur bis zur Summe der Forderung, ein Mittel für deren Tilgung. Es darf daher auch keine Vertheilungsweise befolgt werden, die die Solidarität der Haftung des Gutes auf das Maaß oder die Summe des Werthes überträgt. Dies geschieht aber, wenn man Gläubiger da, wo sie alternativ ihren Befriedigungsstoff aus dem einen oder dem andern Gute bis zur vollen Befriedigung nehmen, also bis dahin in beliebiger Wiederholung alterniren können, dieses Alterniren in Ansehung der Summen des zur Tilgung dienenden Werthes ebenfalls gestattet. Die Befriedigung *nimmt* der Gläubiger im Stoffe des *Schuldners*, die Tilgung dahingegen, wird ihm durch die Gebkraft des Stoffes *aufgenöthigt*. Der Stoff einer Concursmasse ist aber *kein* Stoff des *Schuldners* mehr,

sondern bereits von der Gesammtheit der Gläubiger als deren Befriedigungsstoff genommen. Es kann also auch kein Concursgläubiger mehr Befriedigung aus diesem Stoffe nehmen, sondern nur der Tilgung sich unterwerfen, welche dessen Gebkraft zu bewirken vermag. Er kann also auch in dem Stoffe diejenige Wahl nicht mehr üben, welche er dem Schuldner gegenüber zu üben befugt sein würde (§. 4. Note 1).

§. 8.

Wenn auf X = 9500 Rthlr. + Y = 3750 Rthlr., A die erste Hypothek von 8000 Rthlr., B die zweite von 4000 Rthlr. hat; A zu seiner Befriedigung X angreift, B aber Y; darauf A auf Y oder B auf X zurück greift; so fordert jeder vom anderen, was sie gegenseitig sich zu lassen schuldig sind, so lange beide Gegenstände dem gemeinsamen Befriedigungsstoffe angehören. Denn so lange dies der Fall, ist jede Sonderbefriedigung im Stoffe, jedem dem andern gegenüber abgeschnitten. Es kann daher, so lange dieses Verhältniß besteht, der Sonderzugriff auf den Stoff nie eine Sonderung desselben unter den Concursgläubigern hervorrufen. Er kann diese Folge auch nicht dadurch herbeiführen, daß mit ihm eine Theilung der Nehmkraft sich verbindet, sondern es kann eine solche Theilung immer nur insofern Einfluß üben, als dadurch ein Minus der Gebkraft einem Plus derselben gleichgestellt wird. Denn diese Gleichstellung ist das Mittel, welches die solidarische Unterwürfigkeit der Gebkraft der Masse unter die Sondernehmkraft eines einzelnen Gläubigers auf dessen Antheilsmaaß beschränkt, sofern nicht diese Beschränkung auf dem Wege der Separation erreicht wird (§. 4).

Sie nimmt ihren Ausgang von einer Gleichstellung der geringeren Summe der Gebkraft mit der größern Summe der Nehmkraft, die das Minus der erstern der gleich großen Summe des Plus der letztern gleichstellt, und dadurch das Bilanzverhältniß beider Summen, und die Erkennbarkeit der Richtigkeit der Vertheilung in den Summen festhält. Hätte nach dem A und dem B der C noch einen Anspruch von 2450 Rthlr., so würde in dieser Weise der Behandlung A Befriedigung zu empfangen haben, aus einer Gesammtmasse von 14450 Rthlr., die eine Minussumme

von 1200 Rthlr. als Plussumme in sich enthielte. Er würde diese Minussumme, und zwar ebenfalls als Plussumme, vergrößert durch die Summe des ihm genommenen Antheils, dem B neben der bleibenden reinen Plussumme hinterlassen, und diese Weise des Hinterlassens würde sich fortsetzen, so lange noch eine reine Plussumme zu hinterlassen wäre, die von einem Gläubiger genommen würde. Der B. würde die 14450 Rthlr. mit einer Minussumme von 9200 Rthlr. und der C. dieselben mit einer Minussumme von 13200 Rthlr. empfangen, und da er kein reines Plus mehr zu hinterlassen hätte, so würde nach ihm kein etwa vorhandener weiterer Gläubiger die Massesumme annehmen. Dieser Behandlung fehlt aber das Mittel, eine Verschiedenheit des Vorzuges von Gläubigern in verschiedenen Massetheilen aufrecht zu erhalten; weil der Vorzug nur in reinen Plussummen seinen Sitz haben kann, und nicht in den werthmindernden Minussummen, und eine Verschiedenheit des Vorzugs nur in verschiedenen Plussummen hergestellt werden kann. Eine Theilung der Nehmkraft ferner wirkt in der Gebkraft des Stoffes, eine Unterscheidung mehrerer reiner Plussummen der Masse aber, hat ihren Sitz in dem Contributionsverhältnisse verschiedene Stofftheile zu derselben. Jene Theilung gibt Quoten, diese Contribution aber Summen, und eine Theilung *ohne Separation* erfordert, daß jede Einheit jeder Quotensumme, jeder Einheit jeder andern Quotensumme gleich bleibt; also jeder Nenner der Bruchtheile, die in den Quotensummen enthalten sind, entweder dem andern an Größe gleich, oder eine Quote von ihm ist.

Im Falle einer Ungleichheit der verschiedenen Contributionssummen, führt also jede Vertheilung der Nehmkraft über ungleiche Separatsummen der Gebkraft dahin, daß eine derselben verhältnißmäßig stärker angegriffen wird, als die andere. Und wenn diese Ungleichheit nicht dadurch gehoben wird, daß jede Separatsumme ein Plus übrig läßt, und der Rest der stärker angegriffenen mit dem in gleichem Verhältnisse weniger angegriffenen Reste der andern sich wiederum zu einer Gesammtmasse vereinigt, so muß ein Minus als Plus genommen werden. Nimmt A statt 1mal 8000 aus der Gesammtmasse 2mal 4000, und zwar einmal aus X = 9500 und einmal aus Y = 3750,

so hinterläßt er statt 5250 aus X + Y, die Summe von 5500 aus X, weil er aus Y : 250 als + 250 genommen hat. Von weiterm Nehmen bleibt er aber ausgeschlossen, weil er zweimal 4000 = 8000, also die volle Summe seines Anspruchs genommen hat. Er kann also nicht mehr auf den Rest aus X zurückgreifen, um für ÷ 250 die Summe + 250 zu empfangen; obgleich, wenn er nicht getheilt, und demnach ein reines Plus von 8000 genommen hätte, im Falle einer Separation X mit $5735^{45}/_{53}$, also mit $1735^{45}/_{53}$ mehr angegriffen und im Rest statt 5500 nur $3764^{8}/_{53}$ betragen haben würde (§. 1). Es stellt sich ferner heraus, daß er im gleichen Falle von Y, welches er absorbirt, $1487^{45}/_{53}$ hinterlassen haben würde (§. 1) und demnach jedem folgenden Gläubiger, der sich auf X separiren lassen muß, diese Summe in so weit entzogen hat, als sie nicht durch ihm vorgehende Gläubiger absorbirt wird. Es fehlt ihm demnach nicht allein an jedem Grunde, von den nachfolgenden Gläubigern eine Ausgleichung seines Verlustes von 250 Rthlr. zu verlangen, sondern es können vielmehr diese, sofern sie von der eben gedachten verkürzenden Folge betroffen werden, wider ihn eine Ausgleichung ansprechen. Denn der vorgehende Gläubiger hat den nachstehenden Gläubigern gegenüber nichts weiter anzusprechen, als den Vorzug im Genusse der Verwerthung seines Antheils durch die Gebkraft der Masse, der ihm in Folge seiner Unterwerfung unter deren Tilgungswirkung zusteht. Es können aber diese nachstehenden Gläubiger von ihm verlangen, daß er die Gebkraft die er in solidum zum Genusse vorweg bekommen, so weit sie zur Tilgung seines Anspruches nicht absorbirt wird, ihnen herausgebe; und zwar nicht in einem separirten Reste der Contributionssumme, sondern in deren nur in der Gebkraft oder im Werthe verringerten solidum.

Der A hatte im angegebenen Beispiele, zu nehmen 13250 Rthlr. jeden = 1 Rthlr., und zu hinterlassen ebenfalls 13250 Rthlr. aber jeden = $^{21}/_{53}$ Rthlr. Daß dieser letztere Betrag ausgedrückt wird, als 5250 Rthlr., wenn mit Summen statt mit Werthen gerechnet wird, hat darin seinen Grund, daß diese Summe die Differenz zwischen der Minussumme und der Plussumme der unveränderten Massesumme ist, welche die Werthminderung hervor-

gerufen hat, die ihr durch den Verwerthungsgenuß des A bereitet ist, wenn der Thaler als die durchstehende Einheit der Summengröße angesehen wird. Es braucht der B deshalb nichts anderes als jenes solidum anzunehmen, weil er den ihm nachfolgenden Gläubigern wiederum 13250 Rthlr. aber jeden = $^5/_{53}$ Rthlr. = 1250 Rthlr. von X + Y hinterlassen muß, wenn die Integrität des Vorzugs späterer zu separirender Ansprüche erhalten werden soll. Daß das Verhältniß der Concursgläubiger untereinander bei der Distribution der Concursmasse maaßgebend sein muß, versteht sich von selber.

§. 9.

Sonach müssen da, wo außer der Priorität, die in der Gesammtmasse sich darstellt, noch Antheile zu berechnen sind, diese nach Quoten des Gesammtwerthes berechnet werden. Es müssen diese Quoten immer dieselben bleiben, so lange nicht der Gesammtwerth durch einen Bruch der Gleichmäßigkeit der Specialwerthe auf einen Bruch von sich selber zurückgeführt wird, und daher nur in einem andern Verhältnisse zu den Specialwerthen ein Ganzes derselben bilden kann (§. 5.6). Indem ferner ein der Vertheilung empfänglicher Gesammtwerth, in welcher Zahlenform er auch seinen Ausdruck findet, nur in einem Ganzen bestehen kann, so muß diese Eigenschaft jedem Werththeile bewahrt werden, der einem Stofftheile der Masse entspringt, welcher einer Sondercontribution unterworfen ist. Sie muß ihm deshalb bewahrt werden, weil ihm die Eigenschaft einer besondern Masse, einzig und allein dadurch entzogen ist, daß seine Summe in eine Addition mit anderen Werthsummen hinübergezogen ist. Diese Entziehung darf aber außerhalb der Trageweite einer solchen Addition deshalb nicht wirksam werden, weil ihr einziger Grund, das Nebeneinandernehmen in derselben Zeiträumlichkeit ist. Es wird eine innere Verbindung der Trageweite verschiedener Nehmkräfte dadurch nur insofern vermittelt, als zwischen Nehmkräften von gleicher Trageweite, die Verschiedenheit des Stofferfassens aufgehoben wird, die außerhalb des Concurses durch Verschiedenheit der Zeit des Befriedigungsnehmens vermittelt werden kann. Die Träger solcher Nehmkräfte bilden in Folge davon anderen

Concursgläubigern gegenüber, eine besondere Antheilsgenossenschaft. Sie wird indeß aus der Erscheinung verdrängt, wenn in Folge jener Addition Angehörige verschiedener derartiger Genossenschaften zu einer und derselben Gesammtpriorität vereinigt werden, während die Trageweite ihrer Nehmkraft nach Verschiedenheit der Ortsräumlichkeit des Stoffes verschieden ist, wie bei gleichartigen und gleichzeitig entstandenen Pfandrechten an verschiedenen Stofftheilen. Allerdings wird nun eine Berücksichtigung einer solchen Antheilsbesonderheit nur dann nothwendig, wenn, vermöge der Verschiedenheit jener Trageweite in gleicher Gesammtpriorität stehender Ansprüche, in Ansehung verschiedener Antheile die Gleichmäßigkeit der Nehmkraft in jener Priorität durch eine von der Gebkraft einzelner Massetheile abhängige Separatpriorität, und damit das Quotenverhältniß des Gesammtwerthes, gebrochen wird. Die Möglichkeit dieses Bruches zeigt, daß das Quotenverhältniß vor dem Eintreten einer solchen Verschiedenheit festzustellen ist, um erkennen zu können, in welchem Maaße es durch sie gebrochen worden; daß aber von einer Sonderung der Bestandtheile nach demselben nur dann Gebrauch zu machen ist, wo diese Verschiedenheit eine Sonderung nöthig macht. Bei jeder Massevertheilung, die das Eintreten einer solchen Verschiedenheit in Aussicht stellt, sind daher die Quoten der verschiedenen Stofftheile bei der Constituirung des Gesammtwerthes festzustellen, um sie bei jener Sonderung, zu deren Regelung zu benutzen. Und wenn jene Constituirung in Folge eingetretener Sonderung sich wiederholt, so ist die nachfolgende Sonderung durch die Quoten der nächstvorhergehenden Constituirung zu regeln.

§. 10.

Es ist dieses Verfahren ein so natürliches, daß es ohne Zweifel schon sehr häufig angewendet worden ist, ohne Gegenstand einer Veröffentlichung geworden zu sein. Es ist aber auch bereits der allgemeinen Kunde zugänglich gemacht [1]). Eine, selbst

[1]) In meinem Art.: Hypothekenwesen; in: Weiske's Rechtslexicon V. S. 418 ff.

eine mit erheblicher Verletzung gegen einzelne Gläubiger[2]) verbundene, Anwendung eines abweichenden Verfahrens, würde eine überraschende Erscheinung indeß erst dann sein, wenn derartige Erscheinungen seltener wären, als sie es sind. Jenes abweichende Verfahren erscheint nemlich, abgesehen von einer nicht zur Wirksamkeit gekommenen Vernachlässigung der Quotenveränderung[3]), lediglich als eine Folge einer Verwechselung der Eigentlichkeit des Daseins (der Realität) der Anschauungen mit einer Eigentlichkeit dieser Anschauungen selber[4]). Es erscheint diese Verwechselung hier in Gestalt einer Verwechselung der Zahl mit dem Werthe, in Folge welcher einer Nehmkraft ein Plus zugewendet wird, wo nur ein Minus für sie vorhanden ist. Es wurde nemlich in einem bereits (§. 1) angedeuteten Falle, in Anleitung des Grundsatzes: daß jeder Concursgläubiger die möglichste Integrität des Massestoffes, auf den er zunächst angewiesen, zu fordern berechtigt sei[5]), der weitere Grundsatz aufgestellt: daß das Dasein und der Umfang eines Rechts unabhängig sei, von der Frage: ob und in wie weit dasselbe mit Rücksicht auf die Zulänglichkeit des haftenden Vermögensobjects würde realisirt werden können[6]). Dieser Grundsatz wurde nun angewendet auf die Zutheilung des Stoffes eines seinem rechtlichen Dasein und Umfange nach allerdings von der Masse des Stoffes unabhängigen Rechtes. Ein solcher Gebrauch dieses Grundsatzes stellt aber die Verschiedenheit der Sitze der Rechte gleichgültig, und vermittelt eine Anwendung jenes ersten anleitenden Grundsatzes auf Massestoffe, die einem Gläubiger, zu dessen Gunsten sie geschieht, überall noch nicht angewiesen sind. Statt jene Integrität durch eine Feststel-

---

[2]) In dem gedachten Falle in Seuffert's Archiv a. a. O. in Betreff des Apothekers B.

[3]) Ebendas. S. 151, nach dem Erkenntnisse der ersten Instanz zufolge dessen noch die alten Quoten maßgebend sein sollten, nachdem inzwischen ein Bestandtheil, der um $^1/_{21}$ größere um über $^6/_{21}$ stärker gemindert war, als der andere.

[4]) S. Heidelb. Jahrb. 1857, S. 811.

[5]) Seuffert's Archiv a. a. O., S. 155; in den Gründen der dritten Instanz.

[6]) Ebend. S. 157; in denselben Gründen.

lung von Quoten zur Ausmessung der Separatpriorität zu erhalten, und wo letztere keine Wirkung äußerte, die Befriedigung ungesondert aus dem Gesammtwerthe zu nehmen, wurden in dem Gebiete der Unwirksamkeit der Separatpriorität die Summen der Ansprüche unter, den Summen nach ungleiche, Massetheile gleich vertheilt, (§. 1. 2.) Und da die Ungleichmäßigkeit, die diese Gleichheit erzeugte, in derselben Priorität den einen Massetheil früher erschöpfte, als den andern, konnte der zuerst erschöpfte Massetheil die Integrität nicht bewahren, welche die Gleichmäßigkeit der Auftheilung der Separatpriorität bewahrt haben würde.

§. 11.

Sonach führte das Mittel, welches die Integrität erhalten sollen, zu deren Vernichtung. Es wurde die, einzig und allein die Zählung der auseinandergelegten Quantitäten (§. 2) ergreifende Addition, als eine Vereinheitlichung einer durch Stoffzusammenfassung (§. 2) vermittelten Werthmasse behandelt. Man konnte dazu nur kommen, indem es übersehen wurde, daß die Summen der Ansprüche, den Werth, den sie *bezeichnen*, nur in so weit *haben*, als das *Vermögensobject*, von dem die Realisirung des Werthes abhängt, die demselben entsprechende Gebkraft in sich trägt. Die dadurch vermittelte Unrichtigkeit der Anwendung des ersten Grundsatzes, wurde gestützt durch die Unrichtigkeit der Anwendung des zweiten Grundsatzes auf die Realisirung eines festgestellten Rechtes, die sich aus seinem Inhalte von selber ergibt. Sie überträgt die Unabhängigkeit vom Stoffe die der Verwirklichung des Rechts, sofern es ein persönliches ist, inwohnt, auf die Herstellung der Wirksamkeit des verwirklichten Rechts. Es werden in Folge davon Tilgungsmittel als Gegenstände behandelt, und das Forderungsrecht wird ein Vindicationsrecht an dem Tilgungsmittel. Die Erscheinung einer solchen Vermischung des Qualitativen und des Quantitativen ruft die Frage hervor, inwiefern ein aus ihr hervorgegangenes Zusonderungsergebniß mit Rechtskraft bekleidet sein kann. Faßt man allein die arithmetische Seite der Vertheilung, das Berechnen der Summen ins Auge, so liegt diese Operation allerdings außerhalb der Rich-

terfunction[1]). Dahingegen gehört das Urtheil über die Voraussetzungen der Priorität in das Gebiet der richterlichen Beurtheilung, und zwar derjenigen, deren Ergebniß die Rechtskraft zu erreichen geeignet ist. Die Bestimmung der Priorität selber, auf den Grund der festgestellten Voraussetzungen ferner, ordnet die Weise des Theilungsverfahrens, und in der Beschränkung darauf aufgefaßt, ist sie eine richterliche Thätigkeit, deren Ergebniß die Rechtskraft zu beschreiten nicht geeignet ist[2]). Das Unterlassen der Ermäßigung der Nehmkraft, welche in Folge einer aus bloßer Summenaddition hervorgegangenen Masseneinheit zur Aufrechthaltung der Voraussetzungen der Priorität erforderlich wird (§. 4. 10), führt zu einem Mangel jenes Verfahrens, der den Weg zur Abänderung des Ergebnisses desselben offen hält. Die in Anleitung eines, einen solchen Mangel hervorrufenden, Ausspruches eines Richters vorgenommene Vertheilung, bleibt eine, die Zeit der Klagenverjährung durch rescissibele, divisio perperam facta[3]).

§. 12.

Allerdings könnte indeß ein Gläubiger dem andern rechtskräftig verurtheilt werden, diesen in einer gewissen Priorität oder aus einem gewissen Stoffe seine Befriedigung nehmen zu lassen, und zu diesem Ende ihm zu weichen. Allein es würde eine solche Verurtheilung, indem sie erforderte, daß ein rechtlicher Anspruch auf ihren Gegenstand durch sie rechtlich gleichgültig gestellt würde, immer den Vertrag voraussetzen, daß sie die Stelle eines solchen Anspruches vertreten solle. Und wenn ein solcher Vertrag nicht der zur Herbeiführung der Verurtheilung erhobenen Klage zum Grunde gelegt wäre, so würde er nur in der Litiscontestation

---

[1]) Sie geschieht: sine judicio = consilio. Vgl. Gothofreds Note zu L. 3 C. communia utriusque judicii 3. 38.

[2]) M. Erörter. zu Linde's Lehrb. d. Proz. S. 479. ff.

[3]) L. 3 C. cit. „Majoribus etiam, per fraudem vel dolum vel perperam sine judicio factis divisionibus, solet subveniri: quia in bonae fidei judiciis quod inequaliter factum esse constiterit, in melius reformabitur". Der zweite Satz: „quia in bonae fidei judiciis etc." redet dagegen, in dem: „perperam sine judicio factis": eine Beschränkung auf außergerichtliche Theilungen zu finden. S. oben not. 2.

über die Frage: ob der Beklagte jenem Verlangen des Klägers entsprechen müsse? gefunden werden können. Soll also die Entscheidung eines Prioritätsstreites in jeder Beziehung zur Rechtskraft geeignet sein, so bedarf es dazu des Grundsatzes: judicio contrahitur [1]). Dieser Grundsatz trägt aber die s. g. prozessualische Consumtion (je nach Verschiedenheit des judicium, die directe oder die indirecte) mit Einschluß der negativen Funktion der res judicata in sich, weil ohne dieselbe jeder dem Inhalte der gefällten Entscheidung widersprechende Anspruch, auch unter denselben Partheien aus demselben Grunde, wiederum Gegenstand eines neuen Rechtsstreites werden kann. Wenn man nun diese Wirkungen der Litiscontestation, beziehungsweise des Urtheils, bestreitet [2]), so ist auch eine rechtskräftige Feststellung des fraglichen Momentes nicht möglich. Daß übrigens jene Wirkungen der Sache nach sich äußern müssen, wenn überall von Rechtskraft der Entscheidungen die Rede sein soll, versteht sich ganz von selber. Es würden aber die bitteren Folgen, welche die Rechtskraft der aus unrichtiger Rechtsanwendung hervorgegangenen Ergebnisse mit sich führt, weniger Raum gewinnen, wenn die doctrinelle Behandlung des Rechts nicht unterließe, diejenige Seite der Dinge, in welcher die Eigentlichkeit der Rechtsanschauung als verwirklichtes Recht ihren Sitz findet, ins Auge zu fassen, und die Anstrengungen nicht scheuete, welche damit verbunden sind.

§. 13.

Am Schlusse ist noch einer neueren Ansicht zu gedenken, welche für den Fall, wo die Verschiedenheit der Pfandstücke Un-

---

1) L. 3. §. 11. D. de peculis 15. I. L. 22. D. de tutelae et ration. distr. 27. 3. M. Aufs. im Archiv für civilistic Prax. XL. S. 63. ff.

2) So v. Vangerow: Lehrb. der Pand. §. 173. Anm. 1. no. II. III. Wenn indeß ebend. §. 160. Anm.; die fortdauernde Geltung des Grundsatzes: judicio contrahitur, angenommen wird; so trifft jenes Bestreiten nur den Gebrauch besonderer Benennungen für jene Wirkungen, wie es dann auch dadurch veranlaßt ist, daß der Name exceptio rei in judicium deductae, in den Pandekten sich nicht findet: s. ebendas.

gleichmäßigkeit des Nehmens ihrer Erlöse zwischen verschiedenen in gleicher Priorität stehenden Pfandgläubigern hervorrufen müßte, jedes Ratennehmen oder Geben hinsichtlich ihrer Pfandforderungen aus dem Concurse entfernen würde. Nach ihr muß jeder nachstehende Pfandgläubiger den Betrag jeder vorgehenden Pfandforderung, auch wenn andere Pfandstücke für die Befriedigung des Trägers dieser vorgehenden Forderung zur Contribution gezogen werden könnten, ungetheilt in seiner ganzen Größe, sich von dem Erlöse seines Pfandstückes vorabziehen lassen; und der Ueberschuß, welcher von dem Vorabgezogenen nach der Befriedigung des vorgehenden Pfandgläubigers verbleibt, wird zur Befriedigung derjenigen Forderungen verwendet, die nicht durch Pfandrechte gesichert sind [1]). Hat der vorgehende Pfandgläubiger z. B. für eine Forderung von 1000 Thlr. ein Pfandrecht an zwei Pfandstücken, jedes von 1000 Thlr., so bekommen die nachfolgenden Pfandgläubiger, denen dieselben Stücke verpfändet sind, in Folge dieses Verfahrens von dem Gesammt-Erlöse derselben von 2000 Thlr. nichts. Es wird dies wenigstens für den Fall behauptet, wo nicht jedem sämmtliche Stücke für dieselbe Forderung verpfändet sind; und diesen Fall in's Auge zu fassen, genügt für die vorliegende Frage. Es nimmt nach jener Ansicht der vorgehende Pfandgläubiger von jenen 2000 Thlrn. seine Forderung von 1000 Thlrn., und die übrigen 1000 Thlr. fallen an die Gläubiger, welche den Pfandgläubigern nachstehen, oder, wie es ausgedrückt wird, an die Chirographarien [2]). Es entstehen also zwei Massen: 1) die der Pfandgläubiger, 2) die der übrigen Gläubiger. In der ersten Masse werden nicht die Forderungen, sondern die Pfandrechtstücke nach dem Maaße, in welchem ihr Stoff möglicherweise vor dem Concurse zur Tilgung der Forderungen alternativ verwendet werden können, vertheilt, und jeder Pfandgläubiger nimmt aus seinem Stücke oder seinen Stücken den Betrag seiner Forderung, und was übrig bleibt, fällt

[1]) Simon: Archiv f. civ. Prax. XLI. S. 376 ff.

[2]) Simon a. a. O. S. 376 ff. Warum aber nicht zunächst an die, welche ein jus exigendi haben? Etwa, weil jene Pfandgläubiger unter ihnen nicht mit dem Theile ihrer Forderungen wiederkehren, welche durch die Pfandstücke nicht gedeckt worden.

an die zweite Masse. Es entsteht also ein besonderer Concurs der Pfandrechtstücke, in welchem die Pfandgläubiger als Gläubiger dieser Stücke, durch Beschränkung eines jeden auf sein Stück, oder seine Stücke, von einander separirt sind. In Folge davon sind sie aber, so weit sie als Pfandgläubiger auftreten, gar nicht Gläubiger, sondern Vindicanten dinglicher Rechte, welche deren durch das Maaß ihrer Forderungen gemessenen Stoff, wie gegen einen Preis, entweder von dem Betrage der Forderung, oder, wenn der Stoff nicht so viel Verwerthung getragen, als sie beträgt, von der Größe dieser Verwerthung, der zweiten Masse zur Verwerthung überlassen haben. Ein solches Verhältniß würde voraussetzen, daß die Verpfändung eine Alienation des Stoffes auf Wiederkauf unter Tilgung des Stoffes wäre, und zwar vermittelst der Mittheilung eines reellen Stofftheils von der Größe der Forderung eine solche Alienation geworden wäre. Wäre so aber das Pfandrecht geartet, so würde, im Falle der Verpfändung mehrerer Gegenstände für dieselbe Forderung, es jeden Gegenstand von vornherein nur pro rata ergreifen und das, was man Untheilbarkeit des Pfandrechts nennt, sowie das Aufrücken nachfolgender Pfandgläubiger gänzlich ausgeschlossen sein. Daß nach Particularrechten der Eigner des Pfandstückes ein solches Aufrücken verhindern kann, sofern das Pfandrecht durch Inscription entsteht[1]), zeigt indeß keineswegs, daß ein solches Aufrücken ausgeschlossen ist; sondern umgekehrt, daß es stattfindet, wenn es nicht gehindert wird. Jenes Ratenverhältniß aber würde es außer allen Zweifel stellen, daß jene Vervielfältigung des Vorabziehens der Forderung nach der Zahl der für sie gegebenen Pfandstücke unmöglich sei. Sucht man ihre Folgen dadurch zu heben, daß man die nachfolgenden Pfandgläubiger auf den dadurch gewonnenen Ueberschuß zurückgreifen läßt, was stattfinden soll, wenn außerhalb des (allgemeinen) Concurses zur Befriedigung mehrerer Pfandgläubiger die verschiedenen Pfandstücke zugleich verkauft werden[2]), so erhält man zwei in Ansehung

---

[1]) Womit Simon a. a. O. S. 348 ff. S. 360 ff. S. 364—371 seine Auffassung einleitet.

[2]) Simon a. a. O. S. 371 ff.

der Befriedigung verſchieden zu behandelnde Reſte: 1) den Reſt, der ungeachtet jener Vervielfältigung übrig geblieben, und 2) den Reſt, der durch jene Vervielfältigung gewonnen iſt. Der erſte Reſt zerfällt in ſo viele Maſſen, als Pfandſtücke ſind, ſei es nun, daß etwas darin iſt, oder nicht; und jeder nachfolgende Pfandgläubiger nimmt die Maſſe ſeines Pfandſtückes, ſo weit ſeine Forderung oder der Inhalt dieſer Sondermaſſe reicht. Der zweite Reſt bildet eine einzige Maſſe, und wird unter diejenigen Pfandgläubiger vertheilt, welche durch den erſten Reſt nicht befriedigt werden, und zwar pro rata ihrer Reſtanſprüche, als ob ſie Chirographarien wären. Wird aber die Rate eines Pfandgläubigers von dieſem zweiten Reſte größer, als der ganze Betrag der Forderung des vorangegangenen bereits ausgeſchiedenen Pfandgläubigers, ſo bekommt er nur deren Betrag, nämlich nie mehr, als ihm vermöge des Haftens deſſelben auf ſeinem Pfandſtücke vorabgezogen worden[1]). Daß dieſe Vertheilung aufgehört hat, eine Vertheilung der Pfandwerthe zu ſein, zeigt ſich ſchon darin, daß, wenn der Betrag der Forderung des vorangegangenen Pfandgläubigers den ganzen Betrag des Erlöſes aus dem beſondern Pfandſtücke eines nachfolgenden Pfandgläubigers überſteigt, dieſer mehr zugetheilt erhalten kann, als überall aus ſeinem Sonderpfandſtücke erlöſet worden iſt. Setzt man drei Pfandſtücke mit folgenden Erlöſen: A mit 1000, B mit 1000, C mit 500; ſind ſämmtliche Stücke dem Q für 1000 verpfändet, iſt ferner dem R das Stück A für 300, dem S das Stück B für 200 und dem T das Stück C für 2000 verpfändet; ſo bleibt nach jenem vervielfältigten Abzuge der Forderung von Q für den erſten Reſt gar nichts übrig, ſondern es fallen 1500 in den zweiten Reſt, die über 2500 zu vertheilen ſind. Für jedes 100 werden demnach 60 gezahlt, und es bekommen: R 180, S 120 und T 1200. Es bekommt alſo T 700 mehr, als überhaupt aus ſeinem Pfandſtücke erlöſet ſind, und zwar aus den ihm ganz fremden Pfandſtücken A und B, während dieſe bei Nichtanwendung einer ſolchen Vertheilungsweiſe nicht allein zur vollen Befriedigung von R und S ausreichen, ſondern noch 500 für etwaige weitere Gläubiger ir-

[1]) Simon a. a. O. S. 371 ff.

gend welcher Art übrig lassen müssen. Daß diese Weise eine unrichtige ist, wird dadurch klar sein. Ob sie der Billigkeit entspricht[1]), kann dahin gestellt bleiben. Durch den Zusatz aber, daß der nachfolgende nicht mehr erhalten dürfe, als die Forderung des vorangegangenen betragen, wird zwar so viel geändert, daß der dem T zufallende Betrag gemindert wird. Im Uebrigen aber wird durch ihn, wenn möglich, die Sache noch verdorbener. Zunächst fehlt es an jedem Grunde für eine solche Minderung, wenn die Theilungsweise richtig ist. Der Grund für dieselbe kann also nur der sein, daß diese Weise unrichtig ist. Dann ergibt sich zwar, daß die Minderung jedenfalls 200 beträgt. Es gibt aber keinen Grund dafür, weshalb sie grade nur so viel und nicht etwa noch mehr betragen soll. Ob sie aber, und um wie viel sie, mehr betragen muß, dafür fehlt jeder Anhaltpunkt. Und wer soll ihren Betrag dann haben? Die übrigen gleichstehenden Gläubiger haben ja ihre Rate erhalten. Ihnen allein kann man also den Betrag dieser Minderung nicht zuweisen. Es sind demnach die nachfolgenden Gläubiger die, welche auf Kosten der übrigen gleichstehenden denselben gewinnen. Es concurriren aber, wenn kein (allgemeiner) Concurs ausgebrochen ist, nur nachfolgende Pfandgläubiger. Fehlen sie, so entsteht wiederum die Frage: an wen dieser Betrag fällt? Der Schuldner wird ihn doch nicht bekommen können, so lange er jenen übrigen gleichstehenden oder nachfolgenden Pfandgläubigern noch schuldet. Der dritte Eigner der verpfändeten Stücke kann nichts davon ansprechen, sofern das Pfandrecht untheilbar ist, weil dann alles in die Pfandstücke gefallen ist. Es wird also jener Betrag ein bonum vacans. Ist das Pfandrecht aber theilbar, so hat der Eigner jedes verpfändeten Stückes von vornherein verlangen können, daß dasselbe von dem vorgehenden Pfandgläubiger, dem alle Stücke verpfändet waren, nur pro rata angegriffen werde; und damit ist jene Vertheilungsweise von vornherein ausgeschlossen. Die Grundsätze von Hypotheken-Einrichtungen, nach denen die Inscription derselben Forderung auf verschiedene Pfandstücke, eben so viele Pfandforderungsverhältnisse als Pfandstücke gegeben, hervorrufen würde und dem Verpfänder

---

[1]) Simon a. a. O. S. 371.

wegen des in Folge davon in-debite veräußerten Forderungswerthes nur eine condictio sine causa übrig bleiben könnte, leiden ersichtlich auf ein accessorisches (römisches) Pfandrecht keine Anwendung. Sie lassen dem Pfandgläubiger, der aus dem Pfandstücke keine Befriedigung zu erlangen vermag, auch nur Entschädigungsanspruch gegen den Verpfänder, gleich wie gegen einen Verkäufer, übrig. Sie dürfen daher hier unerörtert bleiben.

XI.

Ergebnisse der Statistik über Gerichtsverfassung und bürgerliches Verfahren in Preußen.

Von

Mittermaier.

Die jetzige preußische Gesetzgebung über Gerichtsverfassung und bürgerliches Verfahren ist nicht aus einem Gusse hervorgegangen, sondern beruht auf Reformen, die seit 1833 schrittweise eingeführt wurden. Ein preußischer Practiker[1]) schildert den Zustand treffend, wenn er sagt: „Zu einer Zeit, in der man von der Unhaltbarkeit des alten Prinzips schon vollkommen durchdrungen war, wagte man doch nicht völlig aufzuräumen und ein neues Gebäude aufzurichten; daher kömmt es, daß mit der Reparatur des morsch gewordenen Gebäudes fortwährend zu thun ist. Das Veraltete zeigt sich durch den Gegensatz des Frischen und Lebenskräftigen nur noch mehr in seiner Schwäche; das Neue aber ist als Flickwerk unzureichend und bedarf fortwährend der Verbesserung und Stützen." Es mag nicht ohne Werth für diejenigen sein, welche mit der Frage der Nothwendigkeit der Verbesserung unseres Rechtszustandes sich beschäftigen, die Ergebnisse der Erfahrungen über die Justizverwaltung in Preußen kennen zu lernen. Belehrende Materialien liegen hiezu vor. Das Preußische Justizministerialblatt liefert jährlich statistische Mittheilungen über

---

[1]) In der preußischen Gerichtszeitung von Hiersemenzel 1860. Nro. 10.